



Pontificia Universidad  
Católica del Ecuador | Sede  
Ambato

## **ESCUELA DE JURISPRUDENCIA**

**Tema:**

**LA DUALIDAD DEL CADÁVER EN RELACIÓN A LOS DERECHOS POST MORTEM  
EN EL ESTADO ECUATORIANO.**

**Proyecto de investigación previo a la obtención del título de Abogada**

**Línea de investigación:**

Fundamentos y Principios del Derecho y sus Aplicaciones

**Caracterización técnica del trabajo:**

Investigación

**Autor:**

Naomi Alejandra Valladares Viera

**Director:**

Ab. Mg. Juan Carlos Manjarres Buenaño

**Ambato- Ecuador**

**Mayo 2021**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR SEDE AMBATO**  
**HOJA DE APROBACIÓN**

**Tema:**

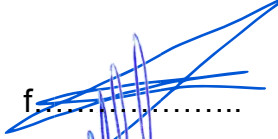
**LA DUALIDAD DEL CADÁVER EN RELACIÓN A LOS DERECHOS POST MORTEM  
EN EL ESTADO ECUATORIANO.**

**Línea de Investigación:**

Fundamentos y Principios del Derecho y sus Aplicaciones **Autor:**

NAOMI ALEJANDRA VALLADARES VIERA

Juan Carlos Manjarres Buenaño, Ab. Mg.

f.....  


**CALIFICADOR**

Luis Andrés Chimborazo Castillo, Ab. Mg.

f.....  


**CALIFICADOR**

Mayra Cristina Mena Mena, Ab. Mg.

f.....  


**CALIFICADOR**

Edgar Santiago Morales Morales, Lic. Ab. Mg.

f.....  


**DIRECTOR ESCUELA DE JURISPRUDENCIA**

Hugo Rogelio Altamirano Villarroel, Dr.

f.....  


**SECRETARIO GENERAL PUCESA**

**Ambato- Ecuador**

**Mayo 2021**

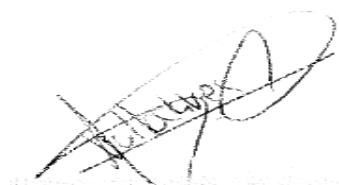
## DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD Y RESPONSABILIDAD

Yo, **NAOMI ALEJANDRA VALLADARES VIERA**, con CC. 0503056947, autor del trabajo de graduación intitulado: “LA DUALIDAD DEL CADAVER EN RELACION A LOS DERECHOS POST MORTEM EN EL ESTADO ECUATORIANO”., previo a la obtención del título profesional de **ABOGADA**, en la escuela de **JURISPRUDENCIA**.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE Ambato, el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Ambato, Mayo 2021



**NAOMI ALEJANDRA VALLADARES VIERA**

**CC. 0503056947**

## **AGRADECIMIENTO**

A la Pontificia Universidad Católica del Ecuador por darme la oportunidad de crecer como persona y formarme como profesional, forjando en mi durante este tiempo valores éticos y humanos, a la carrera de Derecho, por darme una vocación para la vida.

A los docentes de la Escuela de Jurisprudencia, por compartir sus conocimientos, paciencia y cariño para con nosotros, el apoyo y las buenas enseñanzas.

A mi docente tutor, Juan Carlos Manjarres por ser mi guía principal durante el desarrollo de mi proyecto de titulación.

*Naomi Alejandra Valladares Viera*

## DEDICATORIA

*“La justicia no supe a la misericordia, ni la misericordia puede suplir a la justicia, de modo que la justicia ejerce todos sus derechos y la misericordia reclama cuanto le pertenece”.*

*Anónimo*

A mi mamá Azucena, por su cariño y paciencia al criarme; por cada una de las noches que pasamos en vela realizando este trabajo, por cada abrazo, sonrisa y palabra de aliento, juntas hemos vencido las adversidades; a mis padres, por ser un ejemplo constante en mi vida y enseñarme que cuando se quiere todo es posible.

A todos mis amigos que hicieron esta parte de mi vida posible; por cada una de las vivencias en los días de universidad, lograron que esta etapa este plagada de risas y alegría.

## RESUMEN

El desarrollo de la presente investigación demuestra su relevancia a través de un análisis de derecho comparado, arguyendo la falta de regulación dentro de la normativa ecuatoriana, sin embargo, el tema de los derechos del cadáver se encuentra ya regulado en algunos países de Latinoamérica y el mundo lo que hace notoria su relevancia. El estudio de los derechos post mortem a los cuales se hace acreedor el cadáver por su calidad de sujeto de derechos durante su vida, existe así una dignidad humana a pesar de que su existencia legal ha culminado, mismo que se hace acreedor a ciertos derechos como la intimidad, imagen, buen nombre y la honra, bajo la denominación jurídica que le han dado otros países de “memoria defuncti”. Legislaciones como Argentina, Colombia, España tienen la situación jurídica del cadáver se encuentra regulada a través de varios procesos que aseguran la tutela jurídica de sus derechos. Dentro del marco de la pandemia se ha podido evidenciar la clara vulneración de derechos que han sufrido aquellos que fallecieron por distintas circunstancias: cadáveres perdidos, fosas comunes, protocolos mal ejecutados; producto de la inexistencia de normativa jurídica que le otorgue al cadáver la dignidad humana post mortem. Posterior a la investigación se realizaron varias entrevistas planteadas a especialistas en el tema en el campo nacional e internacional, en conclusión, de que existe una necesidad de proteger al cadáver y así buscar la progresividad de derechos.

**Palabras Clave:** cadáver, memoria defuncti, derechos postmortem, dignidad humana.

## ABSTRACT

The development of this study demonstrates its relevance through a comparative law analysis, arguing the lack of regulation in the Ecuadorian law, however, the issue of corpse rights is already regulated in some Latin American countries and the world makes this subject relevant. The study of the post-mortem rights to which the corpse is credited for its status as a subject of rights during its life, there is a humanized dignity even despite its legal existence has finished, certain rights such as privacy, image, honor, and good name, under the legal name given to it by other countries as "memoria defuncti". Legislation such as Argentina, Colombia and Spain have the legal situation of the corpse, it is regulated through several processes that ensure the legal protection of their rights. Inside the framework of the pandemic, it has been possible to show the clear violation of rights suffered by those who died under different circumstances: lost corpses, mass graves, and implemented protocols; the absence of legal legislation to give the corpse post-mortem human dignity. Following the study, several interviews were conducted with specialists on the subject in the national and international field, concluding that there is a need to protect the corpse, thus seeking the progressiveness of the rights.

**Keywords:** corpse, memoria defuncti, postmortem rights, human dignity.

## ÍNDICE

<b>DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD Y RESPONSABILIDAD .....</b>	<b>iii</b>
<b>AGRADECIMIENTO .....</b>	<b>iv</b>
<b>DEDICATORIA .....</b>	<b>v</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>vi</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>vii</b>
<b>Introducción.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I. MARCO TEÓRICO .....</b>	<b>3</b>
1.1 Conceptualización jurídica del cadáver .....	3
1.2 Cadáver Humano un Bien o una Cosa .....	3
1.3 Cadáver Humano como Sujeto de Derechos.....	5
1.4 El cadáver frente al Bioderecho.....	6
1.5 El Cadáver Humano Frente a la Bioética.....	6
1.6 El Principio de Autonomía Personal y el Bioderecho.....	9
1.7 Tratamiento de los Cadáveres Humanos por la Emergencia Sanitaria .....	10
1.8 Protección y Fundamento de los Derechos Post Mortem .....	12
1.9 La Extinción de Derechos Personalísimos o Vitalicios .....	12
1.10 La figura de la Memoria Defuncti y La protección de Derechos Post Mortem ...	14
1.11 Conmoriencia y Premoriencia.....	23
<b>CAPITULO II. METODOLOGIA .....</b>	<b>27</b>
2.1 Metodología de la Investigación .....	27
2.2 Método General .....	28
2.3 Método Específico .....	28
<b>CAPITULO III. RESULTADOS .....</b>	<b>29</b>
3.1 Presentación de Resultados .....	29
3.2 Análisis de Resultados.....	29
3.3 Analisis General de los Resultados .....	46

<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b> .....	48
CONCLUSIONES .....	48
RECOMENDACIONES.....	50
BIBLIOGRAFIA.....	51



## Introducción

En el presente trabajo de investigación vamos a abordar el tema de “La dualidad del cadáver en relación a los derechos post mortem en el estado ecuatoriano”, tiene la finalidad de garantizar la memoria defuncti y los derechos postmortem de los seres humanos una vez que estos fallecen, lo que así garantiza una tutela judicial efectiva de los mismos.

La situación jurídica del cadáver en la legislación ecuatoriana no se encuentra definida, se observa en el Código civil en su artículo 64, que el fin de la existencia legal de las personas naturales es con la muerte y no existe otro indicio sobre el cadáver en este. La falta de la conceptualización que tiene el mismo, al no estipular al cadáver como objeto o sujeto de derechos por ser el resultado del cese de las funciones vitales, origina un vacío legal en la legislación ecuatoriana, lo cual, deriva en la inexistencia de los derechos post mortem. Basados en los derechos originados por ser un residual de personería.

En la presente investigación se pretende demostrar las consecuencias jurídicas por considerar al cadáver como objeto y sujeto, en este caso, la dualidad del mismo y la injerencia de la memoria defuncti, con ello se pretende precautelar los derechos post mortem para que su honra sea respetada, a tener un entierro digno, estos derechos se encuentran reguladas en otras legislaciones, sin embargo, en la nuestra podemos ver que existe un vacío legal en cuanto al código civil y una falta de regulación en las normas supletorias, en el caso de decantarnos por la dualidad se podrá aceptar ambas naturalezas del cadáver lo que dependería de la necesidad jurídica u ordinaria del caso en concreto, sin embargo, en todos los casos que se llevará a cabo se respetara su memoria defuncti y los derechos post mortem a los cuales este sería acreedor.

La relevancia de esta investigación radica en que no todas las personas al terminar su existencia legal son respetadas como tal y con esto se refiere a su memoria, honra e intimidad que este se merece a pesar de su muerte. Contemplar un avance de derechos en la legislación ecuatoriana en cuanto a un tema que ha sido escasamente investigado y en otras legislaciones ya se encuentra normado. Ecuador es un país que reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos, los ríos, los animales, entonces es momento de

preguntarnos si existe un reconocimiento a los derechos de los fallecidos. El trato que recibe el cadáver es paradójicamente una evidencia de nuestra humanidad y las leyes, al hablar de derechos post mortem implica reconocer que somos existencia y coexistencia como, también, trascendencia.

En dicha investigación se pretende responder a tres preguntas de estudio las cuales están apoyadas en tareas, mismas que servirán a responderlas, ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que contextualizan al cadáver en la legislación ecuatoriana? Análisis de los fundamentos doctrinarios, bioéticos e históricos sobre la situación jurídica cadáver en la legislación ecuatoriana. ¿Cuál es la situación jurídica actual que poseen los derechos post mortem en la legislación ecuatoriana? Estudio de los casos análogos, donde haya existido o exista una vulneración de derechos a las personas fallecidas, para ratificar su honra, imagen y buen nombre. ¿Qué aspectos serán considerados para establecer una teoría jurídica del cadáver en relación a la dualidad? Establecimiento de la relevancia de las teorías sobre los derechos post mortem para cotejarlos con la legislación internacional.

Se establece el método general como Deductivo con base en información previamente obtenida para lograr así una compilación conjunta entre libros, tesis, argumentación y aseveraciones de expertos en el tema vinculados a los derechos post mortem y la memoria defuncti, en esta investigación usaremos entrevistas a jueces civiles y especialistas en el campo.

La importancia de esta investigación radica en la falta de regulación que existe en el código civil y en las normas supletorias, no tenemos una conceptualización amplia del cadáver ni tampoco los derechos a los que este se hace acreedor por ser un residual de personería jurídica.

## **CAPÍTULO I. MARCO TEÓRICO**

### **1.1 Conceptualización jurídica del cadáver**

#### **1.2 Cadáver Humano un Bien o una Cosa**

En relación a las tres teorías clásicas del derecho en esta ocasión vamos a tratar sobre la de las cosas u objetos del derecho, en el cual, pondremos al cadáver en el lado de los objetos en un análisis dentro de dicho contexto.

En esta clasificación tratamos al cadáver como un objeto sui generis, lo cual, básicamente lo distingue de los otros objetos del derecho, al ser el cadáver parte del ser humano en la unidad psicosomática. En la denominación del cadáver como un objeto de derecho tenemos dos grandes teorías(Mendoza Benza, 2013): Teoría de la res o de las cosas y la Teoría de comerciabilidad del cadáver expone al mismo en calidad de un bien.

#### Teoría de la Res

El término “res” viene del latín, el cual, significa “cosa”, cabe recalcar que según la definición de objeto de derecho clásica se dice que es todo bien, material e inmaterial, sobre el que recae el poder jurídico del sujeto de derecho (Mendoza Benza, 2013).

Una característica esencial para que cumpla con la condición de ser objeto de derecho es que sea susceptible al poder que tendrán los sujetos de derecho por sobre este, puede ser material o inmaterial que cumpla con la condición de individualidad propia (Cárdenas Krenz, 2019), esto quiere decir que no sea dependiente o accesoria para que sea un objeto.

Viene bien destacar que, en el origen clásico de los objetos, todos tenían un valor económico, por lo cual, se entiende que están sujetos a la comerciabilidad, entonces se analizara si el cadáver podría ser comerciable o no.

Según Cifuentes y Orgaz establecen que:

Basados en Código Civil de Argentina en el artículo 2311 establecía que los objetos materiales son aquellos susceptibles de tener un valor, definición no posible de concordar con la de cadáver , no existe una valoración

pecuniaria que a éste se le pueda atribuir, sin embargo, situando más bien al cadáver como bien material fuera del comercio, aunque admiten, también, la posibilidad de que sea objeto de relaciones jurídicas determinadas para temas de investigación o enseñanza, por voluntad del difunto o disposición de la autoridad pública.

A pesar de esta apreciación tenemos muchas otras que toman una dimensión distinta, este es el caso de la autora Anahí Malicki quien establece que el valor de cadáver no tiene que necesariamente ser pecuniario, sino que este bien podría tener un valor humanitario, es así que plantea un ejemplo, en el caso de que el difunto haya decidido en vida dentro de un testamento donar su cadáver a un centro de trasplantes, en este postulado podemos apreciar claramente el valor humanitario que tendría el cadáver.

Según Bertoldi de Fourcade, refiere a lo siguiente:

“(...) Parece más aceptable en nuestro complejo mundo de relaciones jurídicas, tan diversas, aquella posición que entiende que la locución ‘susceptible de tener un valor’ se refiere a la ‘idoneidad’, actual o potencial, del objeto para satisfacer funciones económicas y sociales. Por ello, la idea de ‘valor económico’ ha de completarse con la idea de ‘valor social’, sin que la aceptación de una signifique desechar la otra”.

En el inicio se refiere al cadáver como un objeto sui generis, esto quiere decir que es un objeto de especial caracterización sin estar sujeto a la comerciabilidad, sin embargo, al aceptar esta teoría lo desvirtúa de la teoría clásica del objeto de derechos y podría este podría posicionarse en un punto medio más cercano al objeto (Mattera, 2009), varios autores consideran que ha dejado de tener derechos al momento del cese de sus funciones vitales, pero que aun así se merece un entierro digno, es entonces que se analiza el por qué si es un objeto, que carece de derecho se le otorgaría este.

### **1.3 Cadáver Humano como Sujeto de Derechos**

Dentro de la legislación ecuatoriana entendemos que un sujeto de derechos es todo aquel que se encuentre reconocido por la constitución y los tratados internacionales, aquellos que entran dentro de esta concepción serán susceptibles a derechos y obligaciones. Exceptúese a la naturaleza la cual solamente es un sujeto poseedor de derechos. Los sujetos de derechos gozaran de capacidad jurídica, lo cual, permite la exigibilidad de sus derechos y el cumplimiento de las obligaciones. En esta corriente de conceptualización del cadáver tenemos la Teoría de la personalidad Residual.

#### Teoría de la Personalidad Residual

El punto esencial a sostener en esta teoría es que, al fallecer una persona, su cadáver es el un sobrante de lo que esta era en vida, es decir un residuo, el cual, aún posee derechos, sin embargo, no tiene la capacidad jurídica para ejercerlos, entonces quedaría a merced de sus familiares. Si aceptamos al cadáver como un residual por lo tanto su personalidad tendría la misma calidad, entonces ya podría hablarse de una protección.

Según Cifuentes Santos que esta teoría se le da un Derecho de Familia al cadáver:

En el rigor lógico del razonamiento para mí no cabe duda de que, extinguiéndose la persona, es impropio hablar de un resto de la personalidad, como algunos autores afirmaron para oponerse a la teoría de la res. Piensan que dicha personalidad exige consideración después del deceso. Se crearía un derecho de familia para disponer del destino del cadáver, hacer un entierro adecuado, determinar el epitafio y excluir las intromisiones de quienes no tiene derecho.

Entonces podemos apreciar que la finalidad de esta teoría es aceptar al cadáver como un sujeto por el hecho de haber sido persona, por lo cual, podría atribuírsele ciertos derechos que podrían subsistir, varias legislaciones aceptan estos derechos dentro de sus legislaciones en el Código Civil.

Para Kipp (1998) la teoría de la personalidad residual es válida, , les otorga a los familiares la disposición del cadáver y cuáles serán los ritos religiosos que se llevarán a cabo con el mismo, en función de la religión y cultura a la que este haya pertenecido en vida; fundamenta que la personalidad requiere un tipo de consideración por el motivo del deceso. Adquiriere dicha relevancia en el enfoque de los derechos que se desprenden del cadáver por su condición mortem.

#### **1.4 El cadáver frente al Bioderecho.**

#### **1.5 El Cadáver Humano Frente a la Bioética**

Para hablar sobre la bioética, primero hay que descomponer la palabra y entender su origen etimológico y su finalidad, “bio” viene del griego que significa vida y ética proviene de la doctrina aristotélica “ethos” que está asociado con las costumbres y hábitos, entonces esto se reduciría al “actuar de los seres humanos”. Desde el punto de vista metafísico afirma que el hombre no es lo que hace, sino lo que genuinamente es, esto ayuda a no determinar las conductas sociales como un criterio correcto de la actuación.

Es entonces que el Bioderecho se encarga de proteger la dignidad de los seres humanos frente a los avances científicos y tecnológicos (Álvarez, 2014), busca así precautelar los derechos que tienen estos por su condición de humanos mediante mecanismos legales que limiten ciertas prácticas, su propósito es respetar las reglas básicas de la humanidad desde un enfoque ético-jurídico.

Cabe aquí hacer una pequeña distinción entre la ética y moral, la primera definiéndose como reflexión crítica respecto de los valores y principios que guían nuestras decisiones y comportamientos(Mart, 2002) y la segunda hace referencia a los hechos en los que se basan las conductas del ser humano.

Para la estudiosa (Outomuro, 2008) establece que:

La moral dice qué se debe hacer, la ética pregunta por qué se lo debe hacer.

La reflexión ética intenta fundamentar las normas, las costumbres, los valores a que hemos hecho referencia. La ética es la aplicación de la razón a ese conjunto de creencias, hábitos, códigos de normas que cada cultura

posee. Se interesa pasar de lo que es de facto a lo que es de jure (de derecho), del plano de ser al plano del debe ser. Este es el problema de la ética.

Con respecto a las teorías que ya establecimos tanto en la Teoría de la Personalidad Residual y la Teoría de la Res que son las más grandes doctrinas discutibles del derecho civil, sin embargo, se postula una tercera “Teorías Resolutivas” en caso de otorgarle dicho estatus, inmediatamente se presta una interpretación ética de lo que es cierto, justo y moralmente admisible en cuanto la manipulación del cadáver(Rivabem, 2017).

Para Antunes Varela y Migliore (1987) defiende la existencia de una personalidad parcial post mortal en razón a la subsistencia de una personalidad bioafectiva.

En cuanto a la bioética León Correa (2008) propone dos postulados, una que admite y otra que rechaza la participación de la bioética en el estudio de los actos ejercidos sobre el cadáver. En el postulado que rechaza el autor considera que el estudio podría derivarse a otras ramas como la Deontología, la Medicina Legal o la Tanatología, sin embargo, es correcto decir que la bioética tiene un enfoque totalmente distinto al de las antes mencionadas.

La finalidad de la bioética aplicada al cadáver es entonces su participación activa de la Bioética en la reflexión de los actos violatorios antiéticos o antideontológicos ejercidos sobre el cuerpo muerto (Armando & Lozano, 2018). Según el autor Bonete Perales Enrique establece dos condiciones de participación: Por afinidad: Con el cuerpo humano muerto y el contexto biomédico y Por recursos: Por su esencia interdisciplinaria y la cualidad normalizadora que estructuralmente posee.

Ante esto varios autores deciden pronunciarse este es el caso de José Hernández Mansilla (2014), el cual, plantea varias interrogantes:

¿Qué consideraciones éticas merece el cuerpo humano más allá del final de la vida? ¿Acaso no existe cierto consenso social respecto a que el cuerpo humano, más allá del final de la vida merece ciertas consideraciones

éticas? La bioética apenas se ha ocupado del cuerpo humano tras el deceso. Tradicionalmente este campo ha sido monopolizado, como el resto de los problemas biomédicos hasta los años setenta del siglo pasado, por la religión y la legislación médica, sin embargo, parece llegado el momento de que la bioética fije su atención en este terreno, amplíe sus horizontes y arroje con sus herramientas epistemológicas algo de luz sobre los problemas que se producen en torno a la manipulación cadavérica.

Elio Sgreccia (2013) establece en su Manual de bioética en el tomo II:

El respeto al cadáver se manifiesta por la conservación y protección de los restos humanos en su integridad o también; por las honras fúnebres. Complementario a este aspecto activo hay otro, pasivo, que consiste en que los vivos eviten causar daños u ofensa al cadáver antes y después de la sepultura, o las cenizas, después de la incineración.

Entonces entenderíamos que el respeto a la memoria del fallecido deriva de la dignidad humana que el mismo poseía en vida, por el hecho de haber sido un ser humano cuerpoespíritu (Fornero, 2005), lo que es susceptible a este respeto no solamente por sus familiares sino también; por la comunidad o grupo social donde esta persona en vida convivía.

Así mismo este postulado es sostenido por Miguel Fuentes en su libro Bioética de la muerte, señala que una de las razones que singularizan al cadáver humano es “haber participado de la dignidad de la personalidad humana y conservar algo de esa dignidad”. Por lo tanto, entenderíamos el respeto a los difuntos, sin olvidar el valor de su cadáver en la parte moral y afectiva, son nociones de la bioética personalista.

## **1.6 El Principio de Autonomía Personal y el Bioderecho**

El principio de autonomía personal actualmente en algunas legislaciones está, es tratada con carácter de derecho fundamental, el mismo hace referencia al derecho que tenemos las personas a decidir sobre nuestro propio cuerpo y elegir un plan de vida, siempre que este no lesione o afecte derechos de terceros(Hagar, 2009). El principio opera desde que se ha cumplido la mayoría de edad y con el goce de la capacidad plena de consentimiento de la persona, cabe decir que es un derecho netamente individual.

Es así que entonces cada persona tiene derecho a establecer cuáles van a ser sus últimos deseos en caso de fallecimiento, con este postulado no se acepta tácitamente que los humanos decidirían si su vida termina, sino que tienen la disposición, únicamente el reconocimiento de sus últimos deseos(Basterra, 2016) como una especie de obligaciones que tendrían los deudos para con la persona fallecida.

Cabe especificar que estos últimos deseos podrían estar plasmados en un testamento, por ello entenderíamos estos formarían parte del plan de vida de este ser humano (Rowlands, 2015) que ha fallecido, por lo tanto, se volverían exigibles y tendrían que ser materializados a través de los familiares, el estado no podrá intervenir en estos planes de vida como ya se mencionó antes este plan de vida no transgredirá los derechos de terceros o lesionarlos.

En cuanto al Bioderecho es una rama del derecho que protege el cuerpo y la dignidad humana frente a los avances tecnológicos. El derecho propone reflexiones jurídicas mientras que la bioética propone soluciones éticas a los problemas sociales; el fin de esta es dar soluciones ético-jurídicas(Unesco, 2016) a los principales problemas que enfrenta la sociedad producto de la globalización, entre ellas está el origen y el fin de la vida.

Para la autora (Rivabem, 2017) considera que:

Al derecho le compete dar soluciones jurídicas a los conflictos bioéticos, tendiendo a la protección del ser humano en su integridad, estableciendo un sistema de principios y valores que puedan ser considerados universales y vinculantes. De allí, la integración entre bioética y derecho, puesto que el

objeto es común: el interés sobre la vida en sus variadas dimensiones; las ciencias biomédicas y la tecno-ciencia y sus reflejos en el ser humano.

Estas propuestas ético-jurídicas parten de la misma premisa: la dignidad de la persona humana, el autor Casaboca (2015) afirma que el fin de la bioética, es contribuir con el derecho (el legislador, en este caso) con orientaciones en esta área. Pero, para éste, el compromiso es mayor, puesto que intentaran contribuir con un criterio nítido y, en principio, unívoco, válido para la resolución de cada caso concreto.

Con respecto a la muerte el bioderecho plantea que se equipararan las legislaciones en cuanto a este tema, dado que es un tema social mundial, por lo cual, algunas legislaciones deberían emparejarse con la comunidad internacional, sin que esto vulnere la soberanía, creencias culturales y religiosas del país, la intervención del derecho con referencia a factores antes mencionados deberá realizarse a través de varios enfoques(De Jesús et al., 2014). En el caso en concreto se legislará la dignidad humana post mortem acorde al principio de autonomía y el bioderecho.

### **1.7 Tratamiento de los Cadáveres Humanos por la Emergencia Sanitaria**

Actualmente la situación mundial es poco favorecedora dado la pandemia por el virus COVID-19 ha obligado a varios países que se encuentran infectados masivamente a tomar medidas extremas para frenar el contagio, para lo cual, se ha establecido una serie de medidas para el tratamiento de los cadáveres estén estos infectados o no, esto ha creado una gran problemática social en todo el mundo(El Universo, 2020).

Muchos países establecieron protocolos para el manejo y cuidado de cadáveres que hayan perecido a causa del virus, sin embargo, se ha tratado a todos con el mismo protocolo por medidas de bioseguridad hacia el personal que están en contacto con estos cadáveres.

En Ecuador el Ministerio de Salud Pública (Manejo de Cadáveres Covid-19 – Ministerio de Salud Pública, 2020) emitió un Protocolo de Manipulación y disposición final de cadáveres con antecedente y presunción COVID-19 separándose los que tienen muerte hospitalaria de aquellos que perecen bajo el aislamiento domiciliario, cada uno tiene distintas medidas para llegar al mismo fin que es la cremación de los cadáveres.

En los medios de comunicación locales e internacionales informan la situación real que se vive en el mundo, periódicos como La Vanguardia (Grau Xavier, 2020) extienden varias páginas web con imágenes y videos de como varios cadáveres son afilados en fosos comunes para quemarlos adjunto con su ropa hospitalaria, dada esta situación varios familiares han tratado de localizar la ubicación del cadáver para darles un último adiós, sin embargo, esto no es posible, nadie sabe dónde se encuentran por el elevado número de personas que perecen a causa del COVID-19 y otras enfermedades.

El subsecretario de salud de México Hugo López-Gatell (2020) afirmó que el protocolo para el manejo de cuerpos es el mismo que se sigue con cualquier persona que fallece en un hospital y que no era necesario cremar los cuerpos.

En amparo principio de bioseguridad y la emergencia varios derechos han sido violentados entre estos la dignidad humana post mortem, el derecho a los familiares a identificar al cadáver, cumplir con los últimos deseos del difunto, un entierro digno, entre otros.

Es por ello que países como España en la ciudad de Madrid donde el foco de contagio ya es comunitario y existen más de 1500 fallecidos hasta la fecha según el diario CNN en español (Guerrero, 2020), la cual ha tomado las cifras del ministerio de sanidad, para que estos cadáveres sean identificados por familiares y puestos en féretros cerrados se utilizara el Palacio de Hielo, el mismo tiene la temperatura necesaria para conservar los cadáveres.

Varios científicos han asegurado que el contagio es por vía respiratoria, esto quiere decir que no emanan material infeccioso de sus cadáveres al morir, sin embargo, no está cien por ciento comprobado que el virus muere al fallecer su portador, aun así, se considera que la cremación y las fosas comunes son medidas extremistas por las que algunos estados han optado.

En Ecuador, la falta de insumos, personal de servicio médico y hospitalario adjunto con la crisis económica debido a la cuarentena ha obligado a los familiares de las personas fallecidas y al personal de salud de los hospitales a tomar medidas extremas con los cadáveres; aquellos que fallecen de COVID-19 dentro del aislamiento domiciliario u por

alguna otra condición según testimonios de los mismos allegados al difunto esperan entre cuarenta y ocho y setenta y dos horas para que los cadáveres sean retirados con el personal de la morgue en una ambulancia, varias fotos y videos han circulado en las redes sociales las cuales dejan en evidencia varios cadáveres que yacen en descomposición en las calles, esto solo asegura que en provincias como el Guayas el sistema de salud colapsa.

Varios diarios nacionales como El universo y El comercio (Pallero, 2020) han emitido extractos sobre cuál es el protocolo para identificar al cadáver donde se establece que únicamente podrán entrar dos familiares que tengan primer grado de consanguinidad o afinidad con las protecciones del caso por cinco minutos para despedir a su familiar.

El cadáver será colocado en una bolsa anti fluidos biodegradable misma que estará cerrada todo el tiempo con una cinta de seguridad (REGLAMENTO ESTABLECIMIENTOS SERVICIOS FUNERARIOS Y MANEJO CADAVERES, 2018), sin embargo, la realidad es distinta los cadáveres se encuentran en fundas de basura negras o envueltos en sábanas, sin el menor cuidado posible, de algunas personas se desconoce su paradero, a pesar de existir convenios con algunos crematorios, al momento de acudir donde presuntamente se encontraría el cadáver muchos familiares se encuentran con la sorpresa de que no se encuentran ahí y se vuelve una odisea encontrar a sus familiares. Este procedimiento se lo realiza con la mayoría de cadáveres en las provincias más afectadas, los forenses se encuentran colapsados por que es difícil llevar a cabo un estudio profundo.

## **1.8 Protección y Fundamento de los Derechos Post Mortem**

### **1.9 La Extinción de Derechos Personalísimos o Vitalicios**

Tras el fallecimiento de una persona todas las obligaciones y derechos a los que este es susceptible se quedan sin titular, por lo tanto, la muerte tiene efectos jurídicos tales como: la extinción de la personalidad, apertura de la sucesión mortis causa la cual transmite derechos y obligaciones a los que están llamados a suceder, protección de la personalidad pretérita (Ortega-Gómez, 2019).

La extinción de la personalidad civil es otro efecto que conlleva el deceso de una persona, es el cese de derechos personalísimos y vitalicios los cuales son inherentes a cada

persona, hay que recordar que estos derechos son ejecutables únicamente por su titular, por lo tanto, la muerte hace imposible el ejercicio personal de la capacidad. Para Castro F (2001) si ya no se es persona, no eres susceptible a derechos, se extingue la personalidad, también, se extinguen los derechos directamente vinculados a ella, los derechos de la personalidad.

En este sentido los autores Beltran de Heredia y Castaño:

Las relaciones jurídicas íntimamente relacionadas con la persona se quedan sin titular, no pueden sobrevivir sin ella, son inseparables e inherentes a la misma y cuando ésta muere, irremediamente se extinguen con ella. Y esto es así porque, como anteriormente mencionábamos, la personalidad y los derechos de la personalidad son categorías jurídicas distintas; la personalidad es el presupuesto de los derechos de la personalidad, y sin aquella, no cabría hablar de estos últimos.

Con respecto a la personalidad pretérita, como ya se mencionó anteriormente, algunos derechos se extinguen con la muerte, sin embargo, existen otros derechos que son transmisibles, en este caso serían los herederos(Ramos Gutiérrez, 2012). El hecho de que la muerte extinga a la personalidad y a la persona física, no quiere decir que desaparece del todo, por la importancia de la vida se entiende que un residual de personalidad jurídica trasciende a la muerte.

Ya señalaba Gitrama Gonzales (1962) Es indudable que, aunque la personalidad se extinga por la muerte, ésta acaecida quedan vestigios relativamente importantes para merecer una protección jurídica: los restos mortales, la memoria, el retrato, las obras literarias o artísticas del difunto.

En palabras de Matinez de Aguirre y Aldaz, C (2009)

La muerte extingue la personalidad, pero ello no impide que la personalidad extinguida no proyecte eficazmente su relevancia jurídica, más allá del límite temporal de su existencia. Precisamente podemos ver cómo permanece la voluntad del fallecido manifestada en el testamento, así como perdura el derecho a la buena fama, a preservar su vida privada...etc. En efecto, esta voluntad del fallecido opera en relación al rumbo de su patrimonio, al igual que el destino final de su cadáver.

La llamada personalidad pretérita protege a los derechos de honra y buen nombre, entre otras que pertenecen a la esfera personal del que ha fallecido que, de alguna manera, sobreviven a la extinción de la personalidad y sean exigibles mediante familiares gracias a nuestra condición de ser humanos y nuestra trascendencia humana y jurídica.

En palabras de Alonso Pérez (1982) en cuestión a la tutela de derechos:

Las personas designadas bien testamentariamente, bien legalmente han recibido una encomienda del difunto para cuidar la defensa de su memoria, Es decir, se protegen ciertos derechos personalísimos del fallecido, extinguidos, pero subsisten los aspectos o manifestaciones de los mismos, tales como el honor, la intimidad, la imagen, que como hemos visto son inherentes a la persona y por tanto a la dignidad humana y por tal no pueden desaparecer a la muerte de la persona y se tienen que defender.

### **1.10 La figura de la Memoria Defuncti y La protección de Derechos Post Mortem**

En algunas legislaciones como la de España la Memoria Defuncti, es una figura jurídica que se encuentra regulada. Según Carretero Sanchez, A (1992) Se considera que dicha memoria es una prolongación de la personalidad del fallecido, que será respetada y por tanto tutelada jurídicamente.

Para Bodas Daga, M (2006) Aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe, también, ser tutelada por el derecho.

La trascendencia de esta figura radica en el respeto que se le debe a la persona difunta, si un ser querido fallece surge entre todos sus familiares vivos tratar de honrar su memoria y guardarle el debido respeto, dado que el difunto ya no está en condiciones de defenderse, a diferencia de las personas vivas que accionarán sus derechos personalísimos de imagen, intimidad, buen nombre y la honra, entre otros que integran esta figura jurídica.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (España), núm. 73/2000 se pronuncia sobre la importancia del sentimiento de respeto al fallecido:

“Es indudable que la dignidad del ser humano y los sentimientos de respeto hacia los muertos, casi religiosos, trascienden a la realidad física, haciéndose acreedores de lo que ha dado en llamarse "protección de la personalidad pretérita", como expresión explicativa de que lo que se intenta proteger es en suma la memoria de una persona que ya ha perecido (...).”

De este modo se reitera el interés que mantienen los familiares en preservar la memoria del mismo, por lo tanto, implica la protección de la personalidad pretérita que es uno de los efectos jurídicos con la muerte. El principal fundamento de la memoria defuncti es la protección de la vida moral que ha creado el fallecido durante toda su vida.

En este sentido declara López Jacoiste, J. (2008)

Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil, el respeto a la memoria de nuestros antepasados “es elemento de continuidad cultural”, sostiene esta tesis citando a Caro Baroja: “la vida social, por ser eminentemente histórica, comporta continuidad; despliega función

redentora de la conceptualización y la fama forjadas en torno a quien ya murió como elementos de su persistente patrimonio moral. Este recuerdo unido al respeto, conlleva una continuidad afectiva y cultural de ese patrimonio moral que deja el fallecido y que sus allegados continúan. Los vivos rememoran al fallecido, sus palabras, su comportamiento, su forma de ser.

Por lo tanto, la memoria defuncti es considerado como un recuerdo eterno del difunto, el cual, se preservará en el tiempo las acciones, creaciones, opiniones del difunto se vuelven inmortales, cabría recordar en este punto la propiedad intelectual, obras de arte y literarias.

El autor Alfonso Perez (2000)

“La memoria defuncti es algo vivo, pues, dada por supuesta la extinción de la personalidad por efecto de la muerte, algo de ésta se prolonga o supervive”. Lo imperecedero del hombre que ha desaparecido del mundo de los vivos, lo que llamamos su buena memoria, se perpetúa en herederos, allegados, íntimos o cuerpos sociales a los que perteneció o contribuyó a crear

Así mismo el estudioso Mariano Alonso (2014) sostiene:

“El hombre nunca muere del todo. Perdura en el recuerdo, en sus obras, en los sentimientos de parientes, amigos e instituciones. Hay una continuidad histórica, afectiva y espiritual de unos hombres con otros. Vivos y muertos se enlazan en una cadena ininterrumpida”.

En este sentido afirma Pablo Salvador Coderch (2017) a veces, las personas que precedieron han dejado en nosotros una memoria, un recuerdo o imagen. Entonces bajo

las premisas planteadas al prolongarse la memoria a través del tiempo y tener estos algunos efectos jurídicos es un deber del derecho tutelarla y protegerla.

Entonces lo que las legislaciones perseguirían según el autor Lasarte, C. (2003)

Es una obligación estatal proteger la memoria del difunto, y esto se traduce en defender “cualidades o rasgos de una persona ya desaparecida”. No hay que olvidar que las ofensas a su reputación, las palabras que menoscaban sus cualidades o sus méritos, lesionan indudablemente esa memoria que se pretende tutelar; por otro lado, también se persigue proteger aspectos de la vida privada del difunto que íntimamente resguardó a lo largo de su supervivencia y cuya posible revelación puede dañar su memoria.

La figura jurídica de la memoria defuncti pretende tutelar los derechos ante ciertas agresiones que podrían entenderse como lesivas entre estas el derecho al honor y buen nombre, intimidad personal y familiar y propia imagen; cabe en este punto agregar que la tutela de estos derechos no será de la misma manera que se tutelan los derechos personalísimos, estos tendrán sus propias peculiaridades para hacerlos exigibles.

La necesidad de regular la protección de la Memoria Defuncti radica en que, al no existir ninguna legislación en cuanto a estos derechos ya mencionados a la persona, luego de la muerte muchos de estas vulneraciones quedarían impunes, y no existiría una vida o el derecho como tal para que los legitimados a accionarlos lo hagan, entonces se vulneraría la tutela efectiva de derechos y no podría hablarse de un garantismo jurídico por parte del estado.

#### Derecho al Honor y Buen Nombre

De acuerdo con Villareal (2003) el Estado está en la obligación de asegurar que los nombres de los difuntos no se exhiban públicamente de un modo denigrante, ni que esas ofensas impacten a los familiares del fallecido, por lo tanto, para que exista una tutela efectiva de este derecho tiene la obligación de otorgar una vía judicial idónea, para

investigar y sancionar a quien o quienes difamen o mal utilicen el nombre del difunto, lo mismo si deshonren su memoria.

Recordemos que el derecho de honor y buen nombre es un derecho de libertad que en Ecuador se encuentra en la Constitución del 2008 en el artículo 66 núm. 18, tiene carácter de derecho personalísimo, es intrasmisible, irrenunciable e inherente a los seres humanos.

Según lo afirmado por Mate (2008):

A todas las víctimas de acuerdo con el tipo de daño causado, comoquiera que el daño personal, a la vida, es irreparable. No obstante, ello no implica que las afrentas a los derechos susceptibles de transmisión, fallecida la víctima del daño, como el derecho a la honra y al buen nombre, no deban ser objeto de reparación, a efectos de evitar la impunidad.

Es así su importancia que se encuentra ratificado en la Declaración de Derechos Humanos en el artículo 12 (Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos, 1948) prevé que nadie puede ser objeto de ataques en contra de su honra o de su reputación. De la misma manera Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 1976) en el artículo 17 consagra la protección del derecho a la honra y la reputación. En la Convención Americana de Derechos Humanos (Organización de los Estados Americanos, 1969) en el artículo 11 establece el derecho al respeto a la honra y el reconocimiento de la dignidad.

En sentido de este derecho existen varias Cortes como las colombianas, españolas y alemanas las cuales ya tienen sentencias las cuales protegen este derecho de casos en concreto los cuales han sido útiles para legislar en abstracto.

La Corte Constitucional Colombiana (2017, Sentencia T-628), en la acción de tutela interpuesta por los familiares de Sergio David Urrego contra la marca "Centauro Films", que filmó la película "mariposas verdes" sin su autorización, la cual fue inspirada en la

historia de Sergio Urrego y su suicidio debido al acoso escolar fundado en su orientación sexual, la Corte señaló que:

La proyección de la dignidad humana va más allá de la muerte de las personas, especialmente con respecto a los derechos a la honra, intimidad, memoria, buen nombre e imagen de las personas, en la medida en que se extienden sobre los derechos de la familia y constituyen el patrimonio familiar, para asegurar el respeto de tales derechos frente a las acciones de terceros (Corte Constitucional, de 2017, sentencia T-628, sección 4.2).

Es un caso similar que se suscitó en Alemania en 1971 el Tribunal Constitucional Alemán resolvió el caso “Mephisto” En esa ocasión el alto tribunal se pronunció de la acción presentada por el hijo del actor alemán Gustaf Gründgens, pues éste último, tras su muerte, fue falsamente acusado en la novela “Mephisto” de haber cooperado con el régimen nazi y de haber denunciado a la policía secreta a una bailarina negra, y concluyó que:

Sería incompatible con el mandato de garantía constitucional de ileśividad de la dignidad del hombre, que es la base de todos los derechos fundamentales, que el hombre, cuya dignidad le corresponde en virtud de su ser como persona y que se traduce en una pretensión de respeto general pudiera ser desacreditado y humillado, también, tras su muerte. Por consiguiente, [existe una] protección al individuo frente a ataques a su dignidad que no terminan con la muerte (Münch, 2009, p. 2).

## Derecho de Imagen

Este derecho en un inicio surgió como una derivación del derecho al honor, sin embargo, con el pasar del tiempo y la evolución de la sociedad, al igual que la aparición de la

fotografía y la gran popularidad que este gozo y hasta la actualidad se mantiene, el derecho de imagen se independizó y se reguló el mismo de manera unitaria.

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano tenemos el derecho consagrado en la Constitución del Ecuador dentro del capítulo Derechos de Libertad en el artículo 66 num 18 luego de mencionar el derecho al honor y buen nombre manifiesta el texto constitucional lo siguiente “La ley protegerá la imagen y la voz de la persona”, como podemos observar este derecho en la legislación ecuatoriana se encuentra anexo al de honor y buen nombre.

Tiene dos ejes fundamentales, la imagen personal que tiene el titular y la social o trascendente, la cual es la que tiene efectos a terceros, es el derecho a evitar que los demás reproduzcan la imagen o la comercialicen sin que el titular esté al tanto y haya prestado su consentimiento, excepto en aquellos casos de las figuras públicas que está permitido el uso de su imagen para algunas legislaciones, cabe recalcar que debe darse buen uso de la misma, existen limitaciones y parámetros para su uso.

Para Olga de Lamo Merlini (2012) los sujetos llamados a tutelar:

Una vez fallecida la persona la cual es titular de derechos no se protege el derecho de su propia imagen, este es un derecho exigible del afectado, se protege a la imagen del fallecido que es la que puede haber sido vulnerada (se ha publicado o comercializado imágenes suyas después de muerto). Existen casos de necrofilia, o de fotografiar a personas que ya están fallecidas, difundiendo estos materiales con carácter comercial o para publicaciones grotescas.

En relación al tema de la legitimación, esta vulneración no les afecte a los terceros o familiares, sin embargo, ellos serán los llamados para que se accione este derecho, a pesar de ellos no están inmiscuidos directamente, por lo tanto, podría determinarse que la vulneración de este derecho es de carácter social, es ahí la importancia de su trascendencia después de la vida con las peculiaridades respectivas.

## Derecho de Intimidad Propia y Familiar

La intimidad abarca un aspecto fundamental en la vida de un ser humano, algunos de estos están relacionados a la parte biológica y a las experiencias internas, lo cual, dista mucho de la vida personal abarca aspectos del día a día de una persona, los cuales por su falta de complejidad no podemos considerar como íntimos.

En el Ecuador este derecho se encuentra contemplado en la Constitución en el artículo 66 numeral 20, el cual, manifiesta que todos tenemos derecho a la intimidad personal y familiar. Este derecho, también, se encuentra reconocido en los instrumentos internacionales La Declaración Universal de los Derechos del Hombre artículo 12, El Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos artículo 17, la Convención sobre los Derechos del Niño artículo 16, El Convenio de Roma artículo 8, o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el artículo 7.

En este sentido, Cabezuela Arenas, A. L, manifiesta lo siguiente:

Muestra la distinción entre intimidad y vida privada, afirmando que la intimidad supone: “la realidad más interna del ser humano, más aún que la vida privada, que la engloba o absorbe, y que existen vivencias que por su esencia o naturaleza participan de la primera, sin que puedan quedar comprendidas junto a otras de menor trascendencia en la generalidad de lo privado”.

Por otra parte, el constitucionalista español García García, C señala que:

En la delimitación del concepto de intimidad tanto la Doctrina como la Jurisprudencia han ido construyendo, aunque más apropiado sería decir “distinguiendo” diferentes niveles o grados de la misma llegando a discernir lo que es meramente privado (que integraría los efectos de la convivencia

en sociedad), de lo íntimo (que significaría algo más estricto y reservado), que, en ocasiones, se han confundido.

En resumen, lo que estos autores pretenden indicar la importancia de diferenciar los actos que podrían llegar a afectar a una persona, y es diferente la intimidad de la vida privada, que es usualmente lo que algunos suelen confundir; el derecho a la intimidad deriva en la dignidad humana.

La sentencia de la AP de Madrid, de 27 de junio de 2007, adjunto con La Cruz, J:

El derecho a la intimidad personal implica la existencia e un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. Frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida (...). El derecho a la intimidad está estrictamente vinculado a la dignidad de la persona, siendo concebido como un derecho de defensa, cuyo atributo más importante es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte del otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusita, como a la divulgación ilegítima de estos datos- Sentencia del TC 142/1993-.”

La situación del cadáver como ya se mencionó anteriormente los legitimados a tomar acción en caso de una vulneración al derecho a la intimidad familiar que es la valedera luego de la muerte, al especular que ya no podría tutelar su derecho personal de intimidad, sin embargo, la de su familia durante el momento de apertura de los derechos que son transmisibles como la sucesión, misma podría ser afectada por una invasión de terceros.

### **1.11 Conmoriencia y Premoriencia**

El Código Civil ecuatoriano en su art 74: “El fin de la existencia de las personas es la muerte” no determina requisitos de la muerte o el momento de la muerte, el cual, es un hecho fundamental para determinar el procedimiento a seguir con los efectos que esta muerte produce. Para De Castro, F (2011) que, en esta cuestión al Derecho le interesan dos extremos: la prueba del hecho de la muerte de la persona y por la gran importancia práctica, fijar el momento de la muerte.

Se resalta la importancia de las mismas por que podrían lesionar la memoria difuncti, sin que se determine si la lesión fue en vida o luego de esta de una persona, e ahí la importancia de fijar el momento de la muerte. La persona bien pudo haber muerto sin saber que sus derechos de honor y buen nombre, imagen e intimidad fueron vulnerados, sin embargo, si no se determina el momento de la muerte podrá presumirse que se vulneraron en vida, entonces se tutelan como derechos personales.

Bajo esta premisa señala el autor Alonso Pérez, (2006)

La lesión se hizo a un derecho subjetivo, que la muerte extinguió sin posibilidad de transmitirse a familiares o herederos. Sobreviven, eso sí, el contenido patrimonial del derecho del dañado y por supuesto la acción. El problema es determinar si el difunto pudo o no actuar. Si no pudo actuar, las personas legitimadas podrán defender ese derecho al honor, intimidad o imagen lesionado en vida, eso sí, los legitimados tienen que demostrar que el fallecido no tuvo posibilidad de defenderse.

Existe otro supuesto, que pasaría si la persona muere luego de haber interpuesto la acción sobre estos derechos y muerto durante el proceso judicial o luego de haberla interpuesto, podrían ser llamados a terminar la acción en su nombre su representante legal, familiares o herederos, sin embargo, esta no es una regla en general, pero podría considerarse una opción para que la causa prosiga y no se establezca el abandono.

Al análisis del catedrático Hualde Sanchez, J. (2008) podría darse lo siguiente:

En caso de muerte simultánea, por ejemplo, que muera el causante y designado testamentario, pasan a defenderla el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. Por lo que es importante determinar el momento de la muerte.

Entonces se evidencia la importancia en Derecho de establecer el momento de la muerte y bajo qué circunstancias se dio, para lo cual, ya existe una solución que es el informe médico legal que especifica bajo términos médicos la circunstancia y la hora aproximada del deceso. En Ecuador se establece los requisitos de la muerte en la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células; en la parte de definiciones.

Para Aguirre Y Aldaz, C (2009) establecen que:

El problema de la eficacia de los negocios condicionados a la muerte de una persona, la regla *momentum mortis vitae tribuitur*, (el momento de la muerte ha de contarse como de vida). Esta es una cuestión antigua que trata de esclarecer si es eficaz que sea la muerte de una persona la condición o momento para que adquiera un derecho.

En caso de que varias personas mueran al mismo tiempo es fundamental para la transmisión de derechos determinar si alguien murió primero que otro o si fallecieron al mismo tiempo por la protección de la memoria defuncti y la transmisión de derechos. En referencia a esta problemática el profesor De Castro (2015) plantea algunas posibles soluciones:

- (1) Que haya prueba de la supervivencia, en cuyo caso no hay ninguna dificultad;
- (2) Que haya prueba de la simultaneidad de los fallecimientos, en cuyo caso habrá que decidir si ha de haber o no

transmisión de bienes, admitiendo una presunción de comoriencia o aplicando la regla de ser necesaria la supervivencia para la transmisión;

(3) Resultar que se carece de prueba convincente o decisiva de uno y otro hecho, en cuyo caso la dificultad podría resolverse mediante la aplicación estricta de la carga de la prueba, o bien creando unas presunciones de premoriencia o comoriencia.

CIVILIZACIONES	RITUALES FUNERARIOS
Egipto	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Momificación</li> <li>-Purificación con agua</li> <li>-Unción con 7 aceites</li> <li>-Apertura de la boca, nariz, ojos y oídos</li> <li>-Sacrificios y ofrendas</li> </ul>
Roma	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Cremación</li> <li>-Inhumación (necrópolis, cementerios)</li> </ul>
India	<ul style="list-style-type: none"> <li>-El cadáver es vestido de blanco</li> <li>-Encender una lámpara en la cabeza del difunto</li> <li>-Cremación en una pira (la enciende únicamente un familiar)</li> </ul>
Israel	<ul style="list-style-type: none"> <li>-El desgarrar de una prenda, o keryah (alternativamente el desgarrar de cintas negras simbólicas).</li> <li>-El ritual fúnebre es en una sinagoga.</li> <li>-No se aceptan flores sino donaciones para la caridad.</li> <li>-Ritual de lavado y mortaja funeraria.</li> <li>-En su mayoría son enterrados.</li> </ul>
Mayas	<p>ENTIERRO INICIAL</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Inhumación y cremación</li> <li>-Se les colocaba una máscara de jade en el rostro</li> <li>-Enterrados en su propia vivienda o lugar de trabajo</li> <li>-El cadáver era colocado en posiciones distintas</li> </ul> <p>ENTIERRO DEFINITIVO</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Limpieza de la osamenta</li> <li>-Piezas del ajuar mortuario</li> </ul>
Incas	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Enterraban a sus difuntos en posición fetal</li> <li>-Dentro de una vasija que ellos mismos fabricaban</li> <li>-Creyentes en la reencarnación</li> <li>-El fallecido era vestido con sus mejores trajes</li> <li>-Acompañado con productos que más le gustaban en vida</li> <li>-Usaban las técnicas de embalsamamiento y así momificar a sus muertos con telares especiales</li> <li>-Lo enterraban en medio de danzas y cánticos con chicha y hojas de coca</li> </ul>

## **CAPITULO II. METODOLOGIA**

### **2.1 Metodología de la Investigación**

La investigación se realizó desde un paradigma crítico propositivo, se reflexionó en cuanto a la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional en el ámbito civil, para determinar la importancia del reconocimiento de los derechos post mortem a nivel bajo la modalidad de las teorías de sujeto-objeto del cadáver.

La investigación presenta un enfoque epistemológico cualitativo que hace referencia al estudio de la categorización de algunos derechos personalísimos que trascienden luego de la muerte, es los derechos post mortem, adjunto con el estudio del paradigma del cadáver en la legislación ecuatoriana y comparada. Se realiza un alcance de carácter argumentativo, los derechos post mortem no están legislados en el estado ecuatoriano, a pesar de existir algunas investigaciones que hablan sobre el cadáver, en el ordenamiento jurídico principalmente el Código Civil se evidencia la falta de regulación y el escueto tratamiento que contempla el mismo en cuestión de la muerte.

La modalidad de la investigación fue bibliográfico-documental, porque se revisó la información contenida en la doctrina y en otros estudios análogos, al igual que en la legislación comparada, toma como ejemplo principal la legislación de España al tener legislado este tema desde 1982, es una pionera para el mundo

En referencia a las fuentes primarias y adicionalmente se acudió a tesis doctorales, ensayos, artículos académicos, por efectos de la suspensión de clases por la pandemia de COVID-19 no se pudo acceder a materiales físicos. La recopilación de normativa y jurisprudencia hace referencia a los derechos post mortem, la importancia de los mismos y cuáles son los aspectos que abarcan, la situación jurídica del cadáver en la realidad actual y lo coteja con algunas legislaciones en las cuales ya existe una regulación de los mismos.

La legislación comparada fue la herramienta base para el desarrollo de la investigación, se fundamenta en el análisis de la normativa y jurisprudencia, aterriza todas esto en un análisis comparativo con realidad jurídica de la legislación ecuatoriana. Como punto referencial hemos tomado a las teorías más utilizadas por la doctrina sobre el cadáver

con propuestas tanto de sujeto como de objeto, toma como base investigaciones realizadas con fundamento en el ordenamiento jurídico en el Ecuador, esto en conjunto con los derechos post mortem, los cuales parten de los derechos personalísimos establecidos en la Constitución del Ecuador por la condición de seres humanos los hace inherentes a la dignidad humana.

La presente investigación propone un análisis jurídico-doctrinario sobre la situación jurídica del cadáver conforme a la problemática social y normativa del Ecuador con un nuevo postulado: la protección de derechos post mortem en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo cual, serviría como un fundamento para que exista una regulación en el código civil y así determinar si el cadáver es un objeto, sujeto de derechos o un dual que implicaría la unión de ambas teorías le otorga una categoría especial al cadáver lo que suma al derecho comparado, el cual, clarifica la apremiante necesidad de regular estos temas en el Ecuador, en otras legislaciones ya están regulados desde el siglo pasado.

El propósito de esta investigación se basa actualmente en analizar y precautelar los derechos de quienes ya no están, toma en consideración la realidad que vive el mundo bajo la pandemia del COVID-19 se muestra la necesidad latente de que el estado tutele estos derechos y los incorpore dentro del ordenamiento jurídico.

## **2.2 Método General**

En la presente investigación se empleó el método Analítico-Sintético a la doctrina tanto nacional como internacional civil se establece la relevancia de estos derechos en el ámbito jurídico y social, entonces esto fue sintetizado y luego se realizó un minucioso análisis para la posibilidad de aplicación en la legislación ecuatoriana identifica la necesidad de una norma que sea aplicable conforme a la realidad jurídica del cadáver en la legislación ecuatoriana.

## **2.3 Método Específico**

El método específico desarrollado es el Derecho Comparado, permite analizar legislaciones que contemplan y reconocen estos derechos especialmente la legislación española de la cual se ha tomado una gran referencia, al estar está avanzada en derechos post mortem y ser la primera en reconocer que en efecto el cadáver tiene derechos por, lo cual, es susceptible de estos derechos con sus respectivas

peculiaridades y requisitos. Especifica la necesidad de su regulación bajo los efectos que deja el cadáver tras su muerte, un tema que no solamente es de relevancia para el estado ecuatoriano sino para el mundo; dando a notar una vez más la necesidad de una regulación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

## **CAPITULO III. RESULTADOS**

### **3.1 Presentación de Resultados**

### **3.2 Análisis de Resultados**

**DATOS GENERALES**

**ENTREVISTADO**

**POSICIÓN ACTUAL**

ENTREVISTADO UNO	Abg. Wilson Guillermo Proaño Travez	Defensor Público de Cotopaxi
ENTREVISTADO DOS	Dr. Jose Fernando Tinajero Miño (Presidente de la Corte Provincial Cotopaxi)	Juez de la sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha
ENTREVISTADO TRES	Dr. Claudio Jesús Santagati (Docente de la Universidad Católica de Argentina)	Presidente de la Defensoría General del Departamento Judicial de Lomas de Zamora en Buenos Aires, Argentina.

PREGUNTA	DOCENTE UCA	JUEZ	DEFENSOR PUBLICO
<p><b>1)Cuál es su perspectiva en cuanto a la situación jurídica del cadáver en la legislación ecuatoriana.</b></p>	<p>Dr. Claudio Jesús Santagati (Docente de la Universidad Católica de Argentina)</p>	<p>Dr. Jose Fernando Tinajero Miño (Presidente de la Corte Provincial Cotopaxi)</p>	<p>Abg. Wilson Proaño (Defensor público de Cotopaxi)</p>
	<p>En cuanto a la legislación en Argentina tenemos al cadáver como un objeto no comerciable sino, un fin humanitario en cuanto a la parte de donación de órganos, donde tenemos leyes especiales, sus familiares son los que usualmente disponen del cadáver, sin embargo, existen casos especiales en los cuales el estado es el encargado del destino final, para esto tenemos tiempos prudenciales.</p>	<p>Nuestro país no tiene legislado mayor cosa sobre este hecho, eso se debe a que posiblemente no hemos tenido la necesidad de saber ni de ubicar a los cadáveres pues la mayoría han sido identificados, a diferencia de otros países como los de Europa, África o la misma Argentina, por ejemplo, continentes y países que producto de las guerras y de los gobiernos de facto, les ha obligado a legislar sobre este asunto.</p>	<p>La situación jurídica de un cadáver en la legislación ecuatoriana es muy vaga, por cuanto dentro de nuestro ordenamiento jurídico no encontramos nada referente a un cadáver, en tal virtud se impulsará el desarrollo de norma jurídica que nos permita analizar sobre los derechos y obligaciones post mortem.</p>

<b>PREGUNTA</b>	<b>DOCENTE UCA</b>	<b>JUEZ</b>	<b>DEFENSOR PUBLICO</b>
<b>2)Cuál es su perspectiva sobre el</b>	Dr. Claudio Jesús Santagati (Docente de la Universidad Católica de Argentina)	Dr. Jose Fernando Tinajero Miño (Presidente de la Corte Provincial Cotopaxi)	Abg. Wilson Proaño (Defensor público de Cotopaxi)

**manejo de cadáveres en la actualidad en Ecuador.**

En cuanto a Ecuador y Latinoamérica bajo la pandemia del Covid-19 se adoptaron protocolos de manejo para precautelar la salud de personal sanitario y la sociedad, sin embargo, cabría aquí recordar que bajo la premisa de seguridad hemos dejado de lado algunos derechos que no han dejado de ser importantes, aunque en este momento la situación no sea la mejor no se dejara de lado la seguridad jurídica.

Hoy por hoy, a propósito de la pandemia del conocido como Coronavirus (COVID 19), o, (SARS 2), se han emitido un par de resoluciones o acuerdos ministeriales en relación al manejo del cuerpo del fallecido. Ante esto cabe recordar que en el año 2014, año en el que entró en vigencia el actual Código Orgánico Integral Penal, dejó de ser el delito de necrofilia, lo que aduce que es un delito ya caduco y que no es ni un delito de resultado ni se acopla a la teoría finalista que entró con fuerza con el Código nuevo, por lo tanto, lo poco que se tenía en la legislación Ecuatoriana sobre el trato y defensa de un cadáver como tal, desapareció, a cuenta de señalar, además, que los únicos con derechos son los seres vivos en los que se incluye al planeta tierra, entendida como la madre naturaleza a pacha mama, más, a raíz de los hechos actuales, decía en un inicio, las cosas han cambiado y se necesita legislar, sea en favor de los herederos o parientes cercanos que se sientan con derecho de un reclamo, o en si sobre la necesidad de implantar una nominación adecuada al derecho que tendría un fallecido a la dignidad y ser enterrado decorosamente.

En la actualidad el manejo de los cadáveres en nuestro Estado Ecuatoriano, para mi punto de vista es muy ineficaz; y, adicionalmente no existe una entidad encargada para que lleve a cabo un protocolo de levantamiento de cadáveres; sin bien es cierto un departamento de la Policía Nacional se ha encargado de realizar los levantamientos, pero no es menos cierto que no tienen un registro y lo más importante no se encuentran capacitados a fin de cumplir con cabalidad lo antes descrito.

PREGUNTA	DOCENTE UCA	JUEZ	DEFENSOR PUBLICO
<p><b>3) Considera usted que, bajo las vulneraciones de derechos durante la emergencia sanitaria, se otorgue una categoría jurídica al cadáver.</b></p>	<p>Dr. Claudio Jesús Santagati (Docente de la Universidad Católica de Argentina)</p> <p>A mi criterio personal las legislaciones latinoamericanas regularían esta problemática, los derechos en conjunto con la sociedad están en constante evolución y es un tema que bajo las circunstancias actuales vale la pena analizar y así prevendríamos varias violaciones de derechos hacia el que falleció y a sus descendientes o familiares.</p>	<p>Dr. Jose Fernando Tinajero Miño (Presidente de la Corte Provincial Cotopaxi)</p> <p>Desde luego, no es justo que existan familiares a los que hasta hoy no se les haya entregado el cuerpo de un ser querido, o que se les entregó el equivocado, o que se extravió y reclaman otros, eso a más de ser un descuido y unja falta de operatividad del sistema estatal, parte desde los gobernantes, es una completa ignorancia de protocolos y desatino quizá porque no existe una pena o sanción al respecto, esto es no existe norma que proteja un derecho o tal vez una necesidad que el estado cubrirá y subsanara de manera adecuada.</p>	<p>Abg. Wilson Proaño (Defensor público de Cotopaxi)</p> <p>La pandemia que azotado a nivel mundial nos ha permitido analizar profundamente sobre los cadáveres; en derecho comparado existe un desarrollo sobre los derechos de un cadáver; para nuestro estado ecuatoriano sería un avance jurídico trascendental dar una categoría jurídica a los cadáveres, y de esta manera otorgar derechos y obligaciones.</p>

PREGUNTA	DOCENTE UCA	JUEZ	DEFENSOR PUBLICO
----------	-------------	------	------------------

<p><b>4) Conoce usted cuales son los derechos post mortem</b></p>	<p>Dr. Claudio Jesús Santagati (Docente de la Universidad Católica de Argentina)</p> <p>La modalidad como tal de derechos post mortem es un término nuevo que se podría analizar en la última década en Argentina conociéndose así estos al considerar al cadáver como un residual de personería jurídica, y gracias a esta consideración se razona como tal que el mismo es susceptible a ciertos derechos los cuales valdría la pena analizarlos minuciosamente.</p>	<p>Dr. Jose Fernando Tinajero Miño (Presidente de la Corte Provincial Cotopaxi)</p> <p>Como derechos post mortem hasta el momento no se ha legislado en el Ecuador, en tanto, países como España y otros nor europeos la legislación en cuanto al tema se encuentra notoriamente avanzada, aunque el derecho a la dignidad se extiende incluso hasta después de la muerte de una persona.</p> <p>Pues tanto ese individuo que pierde tal calidad a morir, no perderían su identidad como tal hasta que no sea enterrado decorosamente y previamente identificado para gozar de identidad Post y sus restos sean sujeto de reclamo una vez se sepa de la existencia de los mismos, si no ha sido identificado hasta ese momento.</p>	<p>Abg. Wilson Proaño (Defensor público de Cotopaxi)</p> <p>No conozco los derechos post mortem, no existe un desarrollo jurídico en el Estado Ecuatoriano.</p>
---	--	---	---

<p><b>PREGUNTA</b></p>	<p><b>DOCENTE UCA</b></p>	<p><b>JUEZ</b></p>	<p><b>DEFENSOR PUBLICO</b></p>
------------------------	---------------------------	--------------------	--------------------------------

<p><b>5) Considera usted que una persona a pesar de haber fallecido tiene derecho al honor, intimidad e imagen.</b></p>	<p>Dr. Claudio Jesús Santagati (Docente de la Universidad Católica de Argentina)</p>	<p>Dr. Jose Fernando Tinajero Miño (Presidente de la Corte Provincial Cotopaxi)</p>	<p>Abg. Wilson Proaño (Defensor público de Cotopaxi)</p>
	<p>Los derechos que se mencionan a continuación son personales de cada uno de los seres humanos, por lo tanto, son intransferibles, en esta situación estaríamos frente al derecho familiar, el cual, permitiría que los herederos tutelen estos derechos y se habrá la posibilidad de defenderlos. Para esto podemos recurrir al art 53 del Código Civil en, el cual, expresa que para prestar la imagen y voz de los fallecidos tendrán el consentimiento de los herederos.</p>	<p>Desde luego que sí, debería incluso constar en los derechos a las personas que contempla el Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador, y podría incluirse en el numeral 3, pues en el numeral 1 y 2 se ha legislado respecto del nacimiento y el derecho de ser considerado como tal, pero no se ha legislado respecto al post de su deceso.</p>	<p>Considero que sí, recordemos que un cadáver tiene familiares; y, cualidades como: el honor, intimidad e imagen afecta incluso a sus familiares, mismos que podrían ser sujetos de derechos post mortem.</p>

<p><b>PREGUNTA</b></p>	<p><b>DOCENTE UCA</b></p>	<p><b>JUEZ</b></p>	<p><b>DEFENSOR PUBLICO</b></p>
------------------------	---------------------------	--------------------	--------------------------------

<p><b>6) Considera usted que el cadáver tiene derechos humanos a pesar de que su extinción de la personalidad jurídica.</b></p>	<p>Dr. Claudio Jesús Santagati (Docente de la Universidad Católica de Argentina)</p>	<p>Dr. Jose Fernando Tinajero Miño (Presidente de la Corte Provincial Cotopaxi)</p>	<p>Abg. Wilson Proaño (Defensor público de Cotopaxi)</p>
	<p>El cadáver en el pasado fue un ser humano, por lo cual, es susceptible a adquirir derechos humanos si lo consideramos por la teoría del residual, sin embargo, esto no quiere decir que se haya aceptado que es un sujeto de derechos.</p>	<p>Hoy nos damos cuenta y razonamos que sí, de pronto faltó que esto suceda para reaccionar y pensar que la integridad, el buen nombre, un trato adecuado a tus restos, identidad conservada, sean elementos que deben elevarse a la calidad de derecho de una persona que acaba de fallecer y deja de existir para el contexto legal, su personalidad jurídica como ciudadano, pero jamás como ser humano, hasta honrar su cuerpo en sana e identificada sepultura.</p>	<p>El desarrollo de los Derechos Humanos a nivel mundial avanzado a pasos agigantados; es así que a pesar que una persona ya no tenga vida los derechos como la dignidad, la honra, el buen nombre siempre será importante resguardar; y así haya terminado con su vida terrenal esos derechos nunca se perderán.</p>

<p><b>PREGUNTA</b></p>	<p><b>DOCENTE UCA</b></p>	<p><b>JUEZ</b></p>	<p><b>DEFENSOR PUBLICO</b></p>
------------------------	---------------------------	--------------------	--------------------------------

<b>7) Acorde a su perspectiva jurídica podría considerarse que algunos atributos de la persona trascienden a la muerte.</b>	Dr. Claudio Jesús Santagati (Docente de la Universidad Católica de Argentina)	Dr. Jose Fernando Tinajero Miño (Presidente de la Corte Provincial Cotopaxi)	Abg. Wilson Proaño (Defensor público de Cotopaxi)
	Al considerar que el cadáver es susceptible a derechos humanos y algunos derechos personales elevados a la categoría humana aceptamos tácitamente que algunos atributos de la persona trascienden a la muerte perpetuándose en el tiempo y esto es lo que el estado tutela, lo que el fallecido deja atrás luego de fallecer.	Desde luego, el derecho a tu buen nombre, a una muerte decorosa, a que se mantenga tu identidad hasta que sean reclamados tus restos, incluso a la integridad corporal, pues, pese a saber que somos un país con ciudadanos donantes de órganos para efectos de salud, primero se comunicara a sus familiares que ese cuerpo pertenecía a esa persona, derecho a la dignidad.	Los atributos morales trascienden para siempre, una persona si muere deja a un lado sus atributos físicos, mas no los atributos de moralidad, dignidad, buen nombre, entre otros.

<b>PREGUNTA</b>	<b>DOCENTE UCA</b>	<b>JUEZ</b>	<b>DEFENSOR PUBLICO</b>
<b>8) Desde su perspectiva jurídica</b>	Dr. Claudio Jesús Santagati (Docente de la Universidad Católica de Argentina)	Dr. Jose Fernando Tinajero Miño (Presidente de la Corte Provincial Cotopaxi)	Abg. Wilson Proaño (Defensor público de Cotopaxi)

<p><b>considera usted que debería otorgarse al cadáver dignidad humana post mortem</b></p>	<p>Si al cadáver le otorgamos como anteriormente habíamos mencionado derechos post mortem que vienen a ser una parte de derechos humanos y respetamos la personalidad residual como tal estaríamos automáticamente atribuyéndole dignidad humana la cual está llamada a ser protegida por sus familiares y por el estado, esto se materializa en el art 51 del Código Civil de Argentina “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.</p>	<p>Si, bajo las circunstancias actuales y dado todo lo que se ha comentado es justo y necesario que se otorgue una categorización jurídica.</p>	<p>La dignidad humana, en nuestro estado constitucional de derechos no se considerará únicamente mientras la persona se encuentre con vida, la dignidad humana trasciende hasta con la muerte; un cadáver será tratado como tal y tener un protocolo digno hasta que sea enterrado.</p>
--	---	---	---

<p><b>PREGUNTA</b></p>	<p><b>DOCENTE UCA</b></p>	<p><b>JUEZ</b></p>	<p><b>DEFENSOR PUBLICO</b></p>
------------------------	---------------------------	--------------------	--------------------------------

<p><b>9) Según su punto de vista jurídico la identidad personal trasciende o termina por la muerte.</b></p>	<p>Dr. Claudio Jesús Santagati (Docente de la Universidad Católica de Argentina)</p>	<p>Dr. Jose Fernando Tinajero Miño (Presidente de la Corte Provincial Cotopaxi)</p>	<p>Abg. Wilson Proaño (Defensor público de Cotopaxi)</p>
	<p>Desde el punto de vista inclusive científico cada una de las personas desde que nacemos tenemos una identidad propia y esta no cambia a pesar de que hayamos muerto, las nuevas generaciones a pesar de ser familiares portan una identidad genética propia y el derecho a la identidad propia y familiar prolifera en el tiempo, en caso de estar ser atacada se tomaran acciones correspondientes.</p>	<p>Trasciende, es su legado, no somos sólo cuerpo e incluso ese cuerpo tenía un nombre, y aún más el legado familiar que se prolifera a lo largo del tiempo.</p>	<p>La identidad personal trasciende para siempre, si la persona deja de existir terrenalmente, lo único que termina es su identidad ciudadana que es el distintivo que se nos otorga a cada uno de nosotros a fin de distinguirnos de los demás.</p>

PREGUNTA	DOCENTE UCA	JUEZ	DEFENSOR PUBLICO
<p><b>10) En su opinión cual sería la manera más óptima de regular esta problemática en el Ecuador.</b></p>	<p>Dr. Claudio Jesús Santagati (Docente de la Universidad Católica de Argentina)</p>	<p>Dr. Jose Fernando Tinajero Miño (Presidente de la Corte Provincial Cotopaxi)</p>	<p>Abg. Wilson Proaño (Defensor público de Cotopaxi)</p>
	<p>Por medio de la normativa civil sería más factible el desarrollo de una norma que emita el adecuado manejo del cadáver en sus diferentes aspectos. Por jerarquía normativa sería óptimo empezar por la constitución para que se establezca posteriormente en el Código Civil</p>	<p>Pues lo ideal sería una reforma Constitucional, sea vía reforma por referéndum o consulta directa, sea por interpretación constitucional, pero hasta que eso suceda y debido al estado de emergencia, el gobierno mediante Decreto Ejecutivo tiene la obligación, moral, ética y legal de resolver y apuntalar una norma provisional para regular cada uno de estos casos.</p>	<p>Para que este problema sea regulado en el Ecuador, lo más importante sería presentar un ante proyecto de ley ante la Función Legislativa a fin que se garanticen los derechos y obligaciones post mortem.</p>

## ANALISIS POR PREGUNTA

PREGUNTA	ANALISIS
<p><b>1.Cuál es su perspectiva en cuanto a la situación jurídica del cadáver en la legislación ecuatoriana.</b></p>	<p>Dentro de la Legislación de Argentina la conceptualización del cadáver no está bien definida, sin embargo, en el Código Civil y Comercial de la Nación en el art 17 se establece cuáles son los fines del cadáver, el cual, no es una categoría jurídica, pero si está protegido y se establece claramente su prohibición de comercio, la situación ideal según responden los entrevistados es otorgarle la categorización del cadáver en Ecuador para así poder regular los actos jurídicos restantes.</p>
<p><b>2.Cuál es su perspectiva sobre el manejo de cadáveres en la actualidad en Ecuador.</b></p>	<p>Es de público conocimiento que la situación bajo la pandemia se ha dado paso a que olvidemos la protección de ciertos derechos humanos los cuales son fundamentales, sin embargo, la concentración del mundo se ha volcado al tema de salud, pero se analizara qué situación vamos a tener Post-Covid, al momento en que los gobiernos enfrenten la problemática jurídica y deban responder, para restituir los derechos.</p>
<p><b>3. Considera usted que, bajo las vulneraciones de derechos durante la emergencia sanitaria, se otorgaría una categoría jurídica al cadáver.</b></p>	<p>La cuestión del cadáver es un tema que las sociedades europeas ya han legislado desde hace décadas, por lo cual, cabe preguntarnos, si es hora de que Latinoamérica entre en debate para así priorizarlo, a pesar de que actualmente ya no podríamos legislar por prevención sino por obligación.</p>

<p><b>4. Conoce usted cuales son los derechos post mortem</b></p>	<p>Para algunos hablar del término “derechos post mortem” es totalmente nuevo, sin embargo, lo que parte de los mismos derechos personalísimos que se atribuyen por nuestra condición de seres humanos, el análisis que varios juristas realizan es el por qué se concederían este tipo de derechos a los que ya han fallecidos, por lo cual, dejaron de ser personas, aun así por el hecho de cumplir con la condición anterior se merecen respeto a su imagen, intimidad, honor y buen nombre al igual que a un entierro digno.</p>
<p><b>5. Considera usted que una persona a pesar de haber fallecido tiene derecho al honor, intimidad e imagen.</b></p>	<p>Considerar que un cadáver tiene derechos personalísimos abre la brecha de posibilidad para que sea tomado en cuenta para otorgarle una categorización jurídica dentro del Código Civil para así regular cada uno de los acontecimientos un claro ejemplo de la actualidad es el tratamiento de cadáveres por la pandemia en el que muchos hemos descuidado tratarlos con dignidad para precautelar los derechos de intimidad, imagen y honor.</p>
<p><b>6. Considera usted que el cadáver tiene derechos humanos a pesar de que su extinción de la personalidad jurídica.</b></p>	<p>El residual de la humanidad y el recuerdo de nuestro paso por este mundo, lo cual, es plasmado en actos y objetos que perduraran en la tierra por el tiempo, sin embargo, los derechos humanos pertenecen únicamente a esa persona y por el hecho de considerar al cadáver un bien jurídico no comerciable y humanitario podemos decir que bajo la personalidad jurídica residual tiene derechos humanos que lo protegen.</p>

<p><b>7. Acorde a su perspectiva jurídica podría considerarse que algunos atributos de la persona trascienden a la muerte.</b></p>	<p>Si consideramos el cadáver como un residual de personería jurídica atribuyéndole así derechos post mortem, aceptamos así que ciertos atributos personales trascienden a la muerte, haciéndolos susceptibles de trasmisión</p>
	<p>para aquellos que vienen a llamarse herederos, para que así en nombre del fallecido se tutelen acciones legales que no lo perjudiquen.</p>
<p><b>8. Desde su perspectiva jurídica considera usted que debería otorgarse al cadáver dignidad humana post mortem</b></p>	<p>Cabe recalcar que el cadáver humano es la parte material de lo que fue el ser humano en vida porque a pesar de haber fallecido se merece respeto por el hecho de ser un ser humano, al igual que el reconocimiento que tenemos en cuanto a su personalidad jurídica y los derechos post mortem, incluso la mano de la bioética versa que su memoria y la parte corporal merece consideración por parte de los vivos.</p>
<p><b>9. Según su punto de vista jurídico la identidad personal trasciende o termina por la muerte.</b></p>	<p>La identidad personal es otro de los derechos personalísimos que trascienden en el tiempo y son intransferibles dado que el material genético corresponde a cada uno de nosotros, en definitiva, no termina con la muerte, a pesar de dejemos este mundo tendremos una identidad única que no se atribuye a otro ser humano.</p>

**10. En su opinión cual sería la manera más óptima de regular esta problemática en el Ecuador.**

Por medio de la normativa civil a la mayoría de los entrevistados definen a la vía civil como el medio factible para el desarrollo de una implementación de esta regulación en el tema cadáver con el fundamento normativo de legislación extranjera, especialmente la española que es la más avanzada en el tema.

### 3.3 ANÁLISIS GENERAL DE LOS RESULTADOS

En el análisis de los resultados emitidos por los entrevistados en donde tuvimos como muestra jueces de Corte Provincial, juristas internacionales y la Defensoría Pública de la provincia los cuales palpan la realidad jurídica actual día tras día. Se determinó que el cadáver en la legislación ecuatoriana no tiene una categorización jurídica como tal, e incluso al analizar las teorías fundamentales sobre el cadáver tampoco se pudo llegar a una inclinación doctrinaria, pero existe el precedente de este reconocimiento en legislaciones europeas en el ámbito civil como en España en la cual los derechos de la personalidad jurídica post mortem se encuentran definidos en una ley especial desde 1982. En el contexto latinoamericano podemos ver varios avances sobre el tema en el derecho argentino, el cual, se menciona sobre ciertos derechos que le son otorgados a los familiares del difunto que versan sobre el cadáver los cuales figuran en el Código Civil tal como lo menciono en la entrevista el jurista internacional, sin mencionar que en países vecinos podemos ver avances significativos tal es Colombia y Perú los cuales se van a abrir paso para regular sobre los derechos de los fallecidos.

El estado ecuatoriano en su legislación como tal no tiene una ley específica que verse sobre los derechos de los cadáveres, sin embargo, bajo la realidad actual de la pandemia el Ministerio de Salud emitió algunos decretos significativos sobre el tratamiento de cadáveres que estén con Covid-19 o con sospecha del mismo, ofrece ciertas normas de bioseguridad para prevenir los contagios, sin embargo, cabe recordar que en estos no se han mencionado en absolutos sobre los derechos que tiene el cadáver por su dignidad humana a pesar de haber fallecido al igual que el de sus familiares de darle un entierro digno acorde sus costumbres y tradiciones.

En el contexto de la pandemia existen varias quejas que toman fuerza esencialmente en la región costa dado que varias personas desconocen el paradero de los cadáveres de sus familiares y la información que se les provee en los centros de salud donde están inscritos es incorrecta, por lo que los familiares de ambulan en su búsqueda, esto es una vulneración de los derechos a los cuales el gobierno ecuatoriano aún no ha dado una respuesta efectiva.

Un precedente normativo en la legislación ecuatoriana es el Reglamento Establecimientos Servicios Funerarios Y Manejo Cadáveres, pero únicamente define el procedimiento sanitario para el manejo del cadáver, pero no señala derechos propios del mismo. Recordemos una vez más que en nombre de la pandemia se le vulneren varios derechos al cadáver y a sus familiares lo que asegura la salud pública, pero violenta derechos fundamentales.

Se buscó plantear como ejemplo jurídico comparativo el hecho de que la Constitución del Ecuador reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos entonces se intentó hacer el acercamiento del cadáver para consolidar la idea y pensamiento de que el mismo por haber tenido una vida adjunta con derechos y obligaciones y al momento de la muerte volver a la tierra por lo que se le otorga un entierro digno podría configurarse como un sujeto y por otro lado el postulado de que el “corpus” es solo la parte material de los seres humanos que carece de funciones podría considerarse como un objeto, el cual, no es comerciable por su valor ético y moral. Los entrevistados discrepan en criterios al mencionar que existiría el fundamento normativo que sustente este hecho, y consideran al cadáver como un residuo de la personalidad jurídica.

Como conclusión final actualmente al cadáver según la visión y experiencia de los entrevistados se lo determina como un sujeto susceptible de protección en donde se respeta la memoria de la persona que falleció, es decir los derechos que la persona tuvo en vida y cumplió con sus obligaciones, y tiene derecho a ejecutar los derechos que trascienden a la figura de la muerte como tal, por lo que la ley está en obligación de reconocerlos y tutelarlos, atribuyéndole así estos derechos post mortem a los cuales son susceptibles por su humanidad pasada por, lo cual, se entraría a debate bajo las circunstancias sociales actuales es necesario debatir la necesidad de precautelar el tratamiento de cadáveres para que sean tratados con dignidad y en ningún momento les sea vulnerados derechos de imagen, honor y buen nombre, intimidad que serían los derechos fundamentales.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### CONCLUSIONES

1. Bajo este trabajo de investigación se pudo observar que la situación jurídica del cadáver en la legislación comparada se encuentra regulada, sin embargo, en nuestro país existe una gran brecha legal, la cual concluye que el cadáver es un residual de personería jurídica susceptible de protección e incluso recibe una protección estatal, mientras que la norma ecuatoriana no lo reconoce como un sujeto de derechos tampoco existe normativa alguna que establezca un conjunto de derechos propios del cadáver los cuales a lo largo de la investigación denominamos derechos post mortem, como precedente en la legislación actual identificamos a los reglamentos sanitarios en donde únicamente se determina cual es el procedimiento para el manejo adecuado del cadáver en referencia a los procesos sanitarios, mas no a la protección de derechos trascendentales a la que este por su condición seria acreedor.
2. Determinamos que existen varias legislaciones a lo largo del mundo las cuales reconocen al cadáver como sujeto de derechos y otras que lo definen como un residual o un objeto extra commercium, e incluso algunas no le dan necesariamente una categorización jurídica sino únicamente le otorgan protección jurídica, las legislaciones comparadas establecen en qué tipo de situaciones jurídicas procede esta norma en donde señalamos como punto base a la legislación española que determina los tipos de derechos son los que trascienden a la muerte por lo que son otorgados al cadáver y cuál es el procedimiento que se realiza en caso de vulneración de alguno de estos que integran el conjunto de derechos post mortem.
3. Con base a la dualidad del cadáver al se busca un acercamiento y fundamento sobre la idea de un objeto dual dada sus ambas categorizaciones que hasta cierto punto llegan a ser acertadas al exponer los diferentes puntos a favor de esta teoría conjuntamente con el análisis de varias legislaciones comparadas y autores, se concluye que dicha teoría no posee el fundamento normativo necesario para que sea considerada como una teoría en la legislación ecuatoriana.
4. Como conclusión final establecemos que la categorización jurídica del cadáver en la legislación ecuatoriana no es una realidad palpable al momento de establecer una

definición jurídica del mismo a pesar de la situación actual no es algo que tenga un tratamiento justo en la asamblea , no se le otorga la relevancia necesaria, a consideración la ambigüedad de la normativa civil actual frente a otros cuerpos normativos, lo más acorde a esta situación es que el cadáver se lo configure como un sujeto susceptible de protección jurídica estatal al igual que se le atribuyan ciertos derechos en donde la norma respalda y garantiza todo este proceso por el hecho de que la persona en vida tuvo un desarrollo integral, entonces se considera la protección de estos derechos aun después de su muerte.

## RECOMENDACIONES

1. Determinar la importancia de una reforma en la normativa civil en el Ecuador, busca así brindar seguridad jurídica dadas las circunstancias actuales que se lo desarrolla en la actualidad, que el gobierno prevea las posibles acciones legales futuras que podrían desarrollarse bajo el contexto de los cadáveres y así no vulnerar derechos fundamentales tanto para los que han fallecido al igual que para sus familiares, lo que permite así con la regulación jurídica dar una solución a esta problemática.
2. Una adecuada interpretación y un vistazo hacia las legislaciones comparadas principalmente de España y Argentina que son las que se encuentran más avanzadas en el tema, para así abrir la posibilidad de adaptarlo a la realidad social ecuatoriana, con lo cual, se va a brindar una protección integra al cadáver y a los familiares que son aquellos que tutelarán los derechos en nombre del fallecido.
3. Podemos observar que en Ecuador la deficiencia de doctrina en cuanto a la situación jurídica del cadáver, lo cual, pone un impedimento para la regulación expresa, lo funda de manera principal en que la preocupación que tiene el legislador por los actos de los vivos, por mantener a raya el actuar jurídico de las personas que olvidamos la trascendencia de ciertos derechos, los cuales, somos nosotros mismos acreedores por nuestra condición de seres humanos, lo cual, por añadidura incluye la dignidad, la cual bajo todos los instrumentos internacionales que se encuentran ratificados en el Ecuador se hace susceptible el cadáver y a pesar de que no exista una ley expresa el derecho existe.

## BIBLIOGRAFIA

- Armando, J., & Lozano, G. (2018). *La naturaleza jurídica del cadáver: revisión y tendencia*.
- Basterra, M. I. (2016). *La autonomía como derecho fundamental de los pacientes | DELS*. 03/2017. <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/la-autonomia-como-derechofundamental-de-los-pacientes>
- Cárdenas Krenz, R. (2019). *Los derechos de los difuntos*.
- De Jesús, A., Cuello, Z., Miguel, J., & Ruiz-Calderón, S. (2014). *UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID TESIS DOCTORAL EL BIODERECHO COMO INSTRUMENTO EN LA DETERMINACIÓN DE LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE INVESTIGACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA EUGENESIA POSITIVA EN GENÉTICA HUMANA MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR PRESENT*.
- El Universo. (2020). Esto dice el protocolo de manejo de cadáveres con sospecha o con COVID-19 fuera de hospitales. 24- 03-2020, 7. <https://www.eluniverso.com/noticias/2020/03/24/nota/7793523/protocolocadaveres-fuera-hospitales-dentro-ecuador-coronavirus>
- Fornero, G. (2005). *Bioetica cattolica e bioetica laica*. Paravia Bruno Mondadori Edi.
- Grau Xavier. (2020). El seguro exige un certificado a los muertos por COVID-19 . *La Vanguardia* , 1-3. <https://www.lavanguardia.com/seguros/vida/20200323/4840427561/coronavirusenti-erros-funerales-covid-19-seguro.html>
- Guerrero, K. (2020). Coronavirus en Ecuador: cuerpos en las calles de Guayaquil en medio de la pandemia | CNN. 01-04-2020, 3. <https://cnnespanol.cnn.com/video/guayaquil-coronavirus-ecuador-cuerpos-muertoscalle-pandemia-pkg-kay-guerrero-reporte-k-conclusiones/>
- Hagar, M. S.-. (2009). *Bioética: al encuentro de una conciencia* (C. I. de E. en B. (CIEB (ed.); ESCRITOS D).

- Mart, V. (2002). *DERECHO A LA VIDA NO INCLUYE EL DERECHO A SER MUERTO POR UN TERCERO : LA SOLICITUD DE ASISTENCIA AL SUICIDIO Y EL CASO DE DIANE THE RIGHT TO BE KILLED BY A THIRD PERSON : ASSISTANCE REQUEST TO.*
- Mattera, M. del R. (2009). *DERECHOS PERSONALÍSIMOS : AFECTACIÓN SIMULTÁNEA DE IMAGEN E IDENTIDAD ( PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIOS Y EL NUEVO ORDENAMIENTO ).*
- Mendoza Benza, M. (2013). *Apuntes sobre la naturaleza jurídica del cadáver: Análisis de las diversas teorías y la posición que asume el ordenamiento jurídico peruano frente a estas* (p. 52). <http://www.mednet.org.uy/dml/bibliografia/nacional/tx-020822.htm>
- Manejo de Cadáveres Covid-19 – Ministerio de Salud Pública, (2020). <https://www.salud.gob.ec/manejo-de-cadaveres-covid-19/>
- Ortega-Gómez, E. (2019). *Dignidad Humana Post-Mortem.* 1-9. <https://doi.org/10.37700/0033-2909.126.1.78>
- Outomuro, D. (2008). Fundamentación de la enseñanza de la bioética en medicina. *Acta Bioethica*, 14(1), 19-29.
- Pallero, D. (2020). Tres instituciones trabajan en el manejo de los cuerpos de personas fallecidas por covid-19 en el Ecuador | El Comercio. 25 de marzo de 2020 11:22, 5. <https://www.elcomercio.com/actualidad/manejo-cadaveres-fallecidos-ecuadorcovid.html>
- Ramos Gutiérrez, D. M. (2012). *UNIVERSIDAD DE SALAMANCA FACULTAD DE DERECHO LA PROTECCIÓN DE LA MEMORIA DEFUNCTI.*
- REGLAMENTO ESTABLECIMIENTOS SERVICIOS FUNERARIOS Y MANEJO CADAVERES, 22 (2018). [www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec)
- Rivabem, F. S. (2017). *Bioderecho: ¿una disciplina autónoma?* 25(2), 282-289.
- Rowlands, S. (2015). *Cadáveres interpretados y la ciudad que sobrevive.*

Unesco. (2016). *Diccionario Bioética* (p. 270).